

## Encarcelamiento sin juicio

Owen Fiss

La Constitución es una amplia carta para el ejercicio del gobierno. Establece los órganos del Gobierno nacional y los limita en su ejercicio del poder. La Constitución se expresa en términos amplios en su mayor parte, y durante los pasados varios cientos de años, muchos principios han sido desarrollados para darles un contenido específico a esas expresiones generales.

Algunos de esos principios, como aquel que requiere la separación de poderes, son inferidos a partir de la estructura general de la Constitución. Otros, como es el caso del principio de no discriminación o (su alternativa) el de no subordinación, se encuentran enraizados en alguna provisión específica, como la de igualdad ante la ley, y tienen como propósito extender el contenido de tales cláusulas.

Se supone que ambos tipos de principio deben guiar a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones e inclusive que, de ser necesario, el Poder Judicial debe obligar a dichos oficiales a respetarlos. Estos principios son tan parte de la Constitución como las palabras en el documento original, aunque se presenten ante nosotros como interpretaciones de aquellas palabras y que, por ende, puedan ser criticadas y—de ser preciso— reformuladas de una manera en que las frases del documento original no pueden serlo, salvo en caso de enmienda.

Uno de esos principios, al que me referiré como “principio de libertad”, ha sido vulnerado por la gestión del presidente Bush y, actualmente, por la del presidente Obama en la lucha contra el terrorismo. Dicho principio prohíbe que el Gobierno encarcele a alguien sin acusarlo de un delito específico y llevarlo rápidamente a juicio por ello, y se encuentra implícito en la cláusula constitucional que limita al Congreso en su facultad de suspender el remedio procesal del hábeas corpus, la vía que permite evaluar la legalidad del encarcelamiento. Asimismo,<sup>1</sup> y aún más importante, el principio de libertad debería ser entendido como un reflejo necesario de la Quinta Enmienda de la Constitución, la cual prohíbe al Gobierno privar a cualquier persona de su “vida, libertad o propiedad sin el debido proceso”.

En su núcleo, el principio de libertad prohíbe al Gobierno privar a un individuo de su libertad sin acusarlo ante un tribunal de cometer un delito específico y presentar pruebas de ello durante el proceso. Del mismo modo, requiere que el acusado tenga oportunidad de interrogar a los testigos de la fiscalía y presentar a sus propios testigos.

Gran parte de las protecciones procesales requeridas por el principio de libertad tienen un valor instrumental: se trata de los mejores medios de que disponemos para descubrir la verdad de los hechos en discusión. Asimismo, reflejan elementales nociones de justicia y, como tales, constituyen una fuente de legitimidad del Gobierno constitucional. Estas protecciones cargan al Gobierno

---

<sup>1</sup> *Constitución de los Estados Unidos*, art. 1, §9, cl. 2 (“La garantía del hábeas corpus no será suspendida, salvo cuando en casos de rebelión o invasión la seguridad pública lo requiera”).

con la prueba de la acusación en el juicio y le proporcionan al acusado –quien, a la par se encuentra protegido por la presunción de inocencia y el derecho de que lo juzgue un jurado– una oportunidad razonable de defenderse. El supuesto subyacente es que un Gobierno dispuesto a operar bajo estas limitaciones es candidato a ganar el respeto y la admiración de sus ciudadanos.

Como muchos principios constitucionales, el principio de libertad tiene un número limitado de excepciones. La guerra es una de ellas. La Constitución reconoce plenamente la facultad del Gobierno de participar de una guerra y el principio de libertad ha sido adecuado a las necesidades del combate: durante la lucha armada, se permite al Gobierno capturar soldados enemigos y encarcelarlos sin necesidad de juicio mientras dure el conflicto armado. Tanto Bush cuanto Obama han apelado a esta excepción al principio de libertad para insistir en sus facultades de mantener detenidos por tiempo indeterminado a cualesquiera personas que el Gobierno determine que han combatido para los talibanes o para Al Qaeda.

### ***Los talibanes y la Tercera Convención de Ginebra***

La detención continua de personas acusadas de combatir junto a los talibanes presenta un conjunto especial de problemas desde la óptica de la Tercera Convención de Ginebra de 1949. Este tratado opera desde la esfera de autoridad permitida por la Constitución y, por tanto, debe ser visto como una limitación secundaria a la autoridad del Gobierno de encarcelar sin juicio. De acuerdo con la Tercera Convención, los enemigos pueden ser retenidos en custodia por la duración de las hostilidades y deben ser repatriados al cese del conflicto armado. La convención también provee (implícitamente) que los combatientes enemigos no pueden ser penalmente procesados por el mero acto de combatir, aunque sí pueden serlo por crímenes de guerra. Los Estados Unidos son parte signataria del tratado y se encuentran limitados en su accionar por él cuando la otra parte beligerante es también signataria.

En el otoño de 2001, poco después de los ataques del 11 de septiembre, los Estados Unidos lanzaron una guerra en contra de Afganistán. Por esa época, los talibanes, esencialmente una organización política de fanáticos religiosos, controlaban el Gobierno afgano y utilizaron su poder para apoyar y proteger a Al Qaeda. Los Estados Unidos invadieron Afganistán cuando el Gobierno talibán rehusó entregar a Osama Bin Laden. Los combatientes talibanes entonces detenidos bajo custodia eran protegidos por la Tercera Convención de Ginebra simplemente en virtud de la calidad de partes signatarias de ambos, Afganistán y los Estados Unidos, ya que la circunstancia de que este último país había negado reconocimiento diplomático al Gobierno afgano controlado por los talibanes no afectaba a la aplicabilidad de la Convención.

Sin embargo, desde los primeros momentos de la guerra, el presidente Bush declaró que todos aquellos que combatiesen del lado de los talibanes eran “combatientes enemigos ilegales”,<sup>2</sup> queriendo decir que los combatientes

---

<sup>2</sup> Orden Militar del 13 de noviembre de 2001, 66Fed. Reg. 57, 833 (16 de noviembre de 2001); véase también el memorando del presidente George W. Bush al vicepresidente Richard B. Cheney y otros, “Trato humanitario de los detenidos talibanes y de Al Qaeda” (7 de febrero de 2002), en Karen J. Greenberg y Joshua L. Dratel (eds.), *The Torture Papers, The Road to Abu Ghraib* (2005), p. 134.

talibanes no tenían derecho a ninguna de las protecciones de la Tercera Convención. Denegada la protección del tratado, según Bush los combatientes talibanes podían ser enjuiciados por combatir o, alternativamente, ser detenidos por períodos de tiempo indefinidos, incluso de por vida. Todavía más, con arreglo a esta doctrina no había obligación alguna de repatriarlos al finalizar la guerra. El presidente Bush no reconoció de ninguna manera al principio de libertad como un límite al ejercicio de su poder.

A finales de 2001, el joven ciudadano estadounidense John Walker Lindh –quien negó toda conexión con Al Qaeda, aunque admitió haber combatido para los talibanes– fue capturado por las fuerzas armadas de los Estados Unidos en Afganistán. Poco después, fue procesado ante la Corte Federal de Distrito de Virginia por formar parte de una conspiración para asesinar soldados estadounidenses. Este procesamiento contravino la Tercera Convención de Ginebra, ya que Lindh fue sujeto a proceso simplemente en razón de haber combatido, pero la Corte de Distrito denegó este planteo de inadmisibilidad, convalidando así la doctrina enarbolada por la gestión de Bush sobre el tratamiento de todos los combatientes talibanes como “combatientes enemigos ilegales”.<sup>3</sup> Luego de denegada su objeción de inadmisibilidad, Lindh se declaró culpable de uno de los cargos y fue sentenciado a 20 años de prisión en una cárcel de máxima seguridad en Arizona. Su acuerdo con el fiscal, establecía que si por cualquier razón la sentencia hubiere de ser anulada, Lindh sería nuevamente considerado combatiente enemigo **ilegal** y, por tanto, podría ser encarcelado sin juicio por un período indefinido, incluso de por vida.

La Tercera Convención establece cuatro condiciones que deben ser satisfechas por una milicia irregular para que su protección le resulte aplicable. Los combatientes deben: (1) llevar uniformes o alguna designación; (2) portar sus armas a la vista; (3) estar sujetos a una estructura de comando; y (4) no cometer crímenes de guerra. La Corte de Distrito de Virginia se tomó algunas libertades con el texto de la Convención cuando utilizó estos criterios para determinar si al Ejército afgano, no a una milicia irregular, le correspondían las protecciones del tratado. En sus propios términos, la Convención se aplica a “Los miembros de las fuerzas armadas de las partes de un conflicto”.<sup>4</sup> Generalmente, se entiende que la Convención no provee de protección a espías y saboteadores, en parte porque no utilizan uniformes, pero Bush buscó expandir el uso de la excepción para incluir a las fuerzas armadas de Afganistán. Desafortunadamente, la Corte de Distrito avaló esta política.

Según se desprende de su propio texto, la Convención se aplica a los “miembros de las fuerzas armadas de las Partes en conflicto”. La Corte de Distrito puede también ser criticada por la forma en que aplicó algunos de estos criterios. Por ejemplo, en oportunidad de determinar si los combatientes habían cometido crímenes de guerra, la Corte examinó las prácticas que habían sido utilizadas por los talibanes para acceder al poder en lugar de la forma en que habían combatido en la guerra contra los Estado Unidos. Para agravar el problema, la Corte de Distrito basó sus aseveraciones en libros (uno de los cuales

---

<sup>3</sup> U.S. v. Lindh, 212 F. Supp. 2d 541, 552-58 (E.D. Va. 2002).

<sup>4</sup> Convención de Ginebra sobre el Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, art. 3, 12 de agosto de 1949, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 135.

fue publicado con anterioridad a 2001), no en pruebas aportadas al expediente. Es cierto que un juicio que intente acreditar cómo fue que la totalidad del ejército afgano luchó en la guerra es muy difícil de llevar a cabo, probablemente imposible; pero es una consecuencia obligada de la extensión de la excepción para espías y saboteadores al ejército afgano realizada por Bush.

Obama ha sido cuidadoso en evitar la utilización de la nomenclatura de combatiente enemigo **ilegal**, pero con respecto a los talibanes parece estar aplicando la misma política que Bush. El día 21 de mayo de 2009, el Presidente anunció su estrategia para lidiar con los prisioneros todavía cautivos en Guantánamo y, para nombrar un ejemplo, mencionó entre aquellos prisioneros que continuarían detenidos indefinidamente sin juicio a alguien que “había comandado tropas de talibanes en combate”.<sup>5</sup> Mencionó que este prisionero era retenido por los crímenes [que ha] cometido”,<sup>6</sup> pero nunca especificó cuáles eran estos crímenes. Si los prisioneros talibanes detenidos en Guantánamo hubieran violado las leyes de la guerra –matando civiles, por ejemplo–, entonces deberían ser enjuiciados por ello. Sin embargo, si su único crimen fue combatir en contra de soldados estadounidenses, como sería probablemente el caso del anónimo comandante talibán al que hiciera referencia Obama, entonces bajo los términos de la Convención de Ginebra deberían ser entregados al Gobierno afgano, quien tendría la responsabilidad de decidir su suerte.

La obligación de repatriación surge por el hecho de que los Estados Unidos ya no están en guerra con Afganistán. Esta guerra terminó por lo menos en 2004, cuando los talibanes fueron derrotados, una nueva constitución fue adoptada para el país, se realizaron elecciones y asumió un nuevo Gobierno. De hecho, una segunda ronda de elecciones nacionales tuvo lugar en agosto de 2009. Los Estados Unidos y un número limitado de fuerzas de la OTAN siguen operando en Afganistán, pero bajo las órdenes del Gobierno afgano, para ayudar en la reconstrucción de la nación, la represión del resurgimiento talibán y la persecución de Osama Bin Laden y Al Qaeda.

La repatriación es un proceso largo y arduo; no ocurre de la noche a la mañana. Lo que resulta sorprendente del discurso pronunciado por Obama en mayo de 2009 en el Archivo Nacional es que no reconoció la obligación de repatriar soldados afganos, incluido aquel que comandó tropas en combate. De hecho, al anunciar que tales prisioneros iban a permanecer encarcelados por un período indeterminado sin juicio, pareció más bien repudiar dicha obligación. En un discurso ante la Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional pronunciado el 25 de marzo de 2005, Harold Koh, Asesor Legal del Departamento de Estado, describió recientes intentos por mejorar las instalaciones de detención en Afganistán. Habló pomposamente de los esfuerzos del Departamento de Defensa “para preparar a los afganos para el día en que les transfiramos la responsabilidad sobre las operaciones de encarcelamiento”.<sup>7</sup> Sin

---

<sup>5</sup> Presidente Barack Obama, “Discurso del Presidente sobre la seguridad nacional”, 21 de mayo de 2009. Disponible en [http://www.whitehouse.gov/the\\_press\\_office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09](http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09).

<sup>6</sup> Íd.

<sup>7</sup> Asesor legal Honjue Harold Koh, Departamento de Estado, “La gestión de Obama y el Derecho Internacional”, 25 de marzo de 2010, parte III.B.1.b. Disponible en <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm>. Véase también Alissa J. Rubin, “U.S.

embargo, no hubo reconocimiento acerca de la obligación de repatriar a los soldados afganos, como tampoco ningún indicio de que estas nuevas instalaciones serían utilizadas para los prisioneros que habían combatido por el Taliban y que Obama había declarado que serían sujetos a encarcelamiento indefinido sin juicio.

En el mismo discurso, el Asesor Legal recordó a su audiencia sobre el conflicto en Afganistán y caracterizó la operación militar en ese país como una guerra en contra de los talibanes, no en contra de Afganistán. Tal caracterización ha permitido al Gobierno estadounidense ignorar la transferencia de soberanía de 2004 y tratar la guerra contra los talibanes en Afganistán de hoy día no como un esfuerzo por suprimir la insurgencia, sino como una continuación de la guerra que comenzó en 2001. Desde mi punto de vista, sin embargo, tal caracterización de la invasión militar se encuentra mal asesorada, y sería igualmente erróneo si el Gobierno caracterizase la invasión de marzo de 2003 a Irak como una guerra en contra del partido de Baath, y no en contra de Irak. Ello pospondría indefinidamente la obligación de repatriar, suspendiéndola hasta que todas las insurgencias sean aniquiladas, y, por tanto, sería contraria a los propósitos humanitarios subyacentes a la Convención de Ginebra. En cualquier caso, dicha caracterización de la invasión a Afganistán no sería de provecho para los prisioneros talibanes sujetos a la política de detención de Obama, ya que no han participado de la insurgencia y han permanecido en Guantánamo durante casi una década. Se los acusa de haber combatido en contra del ejército de los Estados Unidos cuando esta nación invadió su país en 2001 y, de acuerdo con Obama, se los mantiene recluidos por los “crímenes que han cometido”.

### ***Al Qaeda y el principio de libertad***

Al Qaeda no podría reclamar viablemente la protección de la Tercera Convención de Ginebra. Todos sus miembros son combatientes enemigos **ilegales**, o con mayor propiedad, no privilegiados. Esta es la calificación que, según se recordará, les fue aplicada a los talibanes por el presidente Bush (y por el presidente Obama, implícitamente). Pero, al tiempo que el argumento de Bush para encasillar a los talibanes fuera del alcance de la Convención estribaba en una forzada interpretación de una provisión del tratado referida a las milicias irregulares, hay razones mucho más claras para llegar a las mismas conclusiones con respecto a Al Qaeda. Como razón principal, el tratado solo obliga a los Estados Unidos cuando su cobeligerante es una parte signataria del mismo, y Al Qaeda no lo es ni podría llegar a serlo. Se trata de una organización terrorista internacional ampliamente distribuida que opera en secreto y no tiene (aún) pretensiones sobre ningún territorio nacional. La Convención establece que una parte signataria puede verse obligada a respetarla en un conflicto con una parte

---

Back's Trial for Four Detainees in Afghanistan", *New York Times*, 18 de julio de 2010, p. A6, donde se describe el proceso de transferencia de responsabilidad por los prisioneros detenidos en Afganistán. ("Un problema potencial que todavía está a la espera de que se lo considere es que una corte afgana podría absolver al detenido a quien la junta revisora estadounidense considera todavía una amenaza. En ese caso, ¿el derecho de quién prevalecerá? 'Cualquiera que no sea encontrado culpable puede ser liberado, pero mantenemos un interés intenso en no liberar sujetos que constituyan un riesgo para el pueblo afgano y para nosotros', dijo el capitán Gregory Belanger, director de operaciones legales de la Fuerza de Tareas 435").

no signataria, pero solo si esta última se conduce de acuerdo con las cláusulas que ella impone,<sup>8</sup> una condición que Al Qaeda claramente no satisface.

A pesar de que las acciones del Poder Ejecutivo en contra de Al Qaeda no se encuentran constreñidas por el tratado (y tal vez tampoco por el derecho humanitario de vertiente consuetudinaria), sí se encuentran sujetas a la Constitución y en particular al principio de libertad –a no ser que, por supuesto, dichas acciones se encuadren en la excepción relativa a la guerra–. La gestión de Bush asumió la posición de que Al Qaeda ha sido la responsable de los ataques del 11 de septiembre y por dicha razón comenzó una guerra en contra de la organización. Desde que asumió el cargo, Obama ha sido meticuloso con respecto a evitar el uso de la archiconocida consigna de Bush “Guerra contra el Terrorismo”, pero ha declarado repetidas veces que “Estamos en guerra en contra de Al Qaeda”.<sup>9</sup>

Aunque la lucha contra Al Qaeda pueda ser caracterizada como una guerra y, de esa manera, permitir a los Estados Unidos eliminar o capturar a los miembros de la organización, no se trata de una guerra ordinaria, y en consecuencia las excepciones al principio de libertad deben ser ajustadas. En su lucha contra Al Qaeda, la gestión de Bush estaba preparada para tratar al mundo entero como un campo de batalla e insistía en que las prerrogativas de Estados Unidos como parte beligerante le permitían capturar y tal vez también eliminar a los miembros de la organización en cualquier lugar en el que se encontrasen: el aeropuerto O’Hare, las calles de Milán, conduciendo en una ruta de Yemen o en una universidad en Peoria, en el estado de Illinois. Sin embargo, el reconocimiento de tamaño poder perturbaría o haría peligrar el carácter de la vida civilizada tal como la conocemos y derrotaría los mismísimos valores subyacentes al principio de libertad.

Para protegernos contra tales peligros, se hace necesario calibrar el concepto de “campo de batalla” y distinguir entre teatros activos de conflicto armado (los llamados campos de batalla calientes) y otros lugares donde sospechosos terroristas podrían encontrarse. Sospechosos que no residen dentro de un teatro de guerra pueden claramente ser aprehendidos fuera de él, pero solo a través de los procedimientos ordinarios del derecho, y no mediante las operaciones que típicamente despliegan los militares en el campo de batalla.

---

<sup>8</sup> Convención de Ginebra sobre el Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, art. 2 (“Aunque uno de los poderes en conflicto pueda no ser una parte en la presente Convención, las Potencias que son parte quedarán obligadas por la misma en sus relaciones mutuas. Además, serán obligadas por la Convención en relación con la Potencia no parte, si esta acepta y aplica las provisiones de la misma”).

<sup>9</sup> Véase Barack Obama, “Discurso del Presidente sobre la seguridad nacional”, 21 de mayo de 2009. Disponible en [http://www.whitehouse.gov/the\\_press\\_office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09](http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09) (“Permítanme ser claro: Estamos en guerra con Al Qaeda y sus aliados. Efectivamente, necesitamos actualizar nuestras instituciones para lidiar con esta amenaza”); Barack Obama, “Discurso del Presidente sobre el fortalecimiento de la inteligencia y aviación de seguridad”, 7 de enero de 2010 (“Estamos en guerra. Estamos en guerra contra Al Qaeda, una red de violencia y odio de gran alcance que nos atacó el 11 de septiembre, mató a casi 3.000 personas inocentes, y está tramando atacarnos de nuevo”). Disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/remarks-president-strengthening-intelligence-and-aviation-security>.

Dichos sospechosos no pueden ser eliminados ni tampoco ser capturados o secuestrados por fuerzas militares y ser conducidos a algún centro militar o secreto de detención.

Análogas restricciones deben aplicarse sobre la acción de la autoridad estadounidense en relación con el encarcelamiento de individuos acusados de tener conexiones con Al Qaeda, aun cuando fueran capturados en el campo de batalla y se alegase que participaron del conflicto armado. En este caso, las restricciones deben ser temporales en su naturaleza y reflejar el carácter casi interminable de la guerra contra Al Qaeda. Gran parte de la acción militar desplegada por los Estados Unidos se orienta hacia la captura de Osama Bin Laden, pero aun si esa acción fuera exitosa la guerra no terminaría por ello. Al Qaeda tiene unidades terroristas en todo el mundo, la mayoría de las cuales son capaces de actuar sin Bin Laden. Por ello, así como es inconcebible tratar como campo de batalla cada lugar de la tierra donde los miembros de Al Qaeda puedan encontrarse, sería inconcebible permitir al Gobierno estadounidense mantener detenidas a personas sospechosas de ser miembros de la organización fundamentalista, hasta tanto la guerra entre los Estados Unidos y esta llegue a su fin –un tiempo que no podemos prever–. Permitir que personas acusadas de pertenecer a Al Qaeda sean encarceladas por la duración de las hostilidades constituiría una expansión tan grande de la excepción al principio de libertad que alcanzaría a socavar el propio principio y los valores a los que él sirve.

El principio de libertad no prohíbe que el Gobierno de los Estados Unidos capture y detenga a sospechosos de pertenecer a Al Qaeda por breves períodos; tal política podría justificarse por las necesidades del conflicto armado. Lo que el principio efectivamente prohíbe, sin embargo, son las detenciones por períodos prolongados sin enjuiciamiento, ya que tales medidas no son requeridas por las exigencias de la guerra. Algunos márgenes de maniobra fueron permitidos a la gestión de Bush, por supuesto, cuando comenzó su guerra contra Al Qaeda y capturó personas que estimaba miembros de la organización terrorista, pero pronto quedó claro que dicha gestión estaba dispuesta a encarcelar a los sospechosos lejos de un teatro activo de conflicto armado y a hacerlo por un período prolongado, tal vez por siempre, sin nunca enjuiciarlos. Algunos de estos prisioneros fueron alojados en prisiones navales en Carolina del Sur y en Virginia. En su mayor parte, sin embargo, fueron encarcelados (por razones que todavía permanecen poco claras) en la Estación Naval de Guantánamo, en Cuba.

La prisión de Guantánamo fue abierta en enero de 2002 y durante los siguientes siete años casi 800 reclusos fueron alojados en su recinto en un momento u otro. Algunos de estos prisioneros fueron acusados de combatir para los talibanes, aunque la mayoría de ellos fueron acusados de tener conexiones con Al Qaeda. Durante este período, algunos fueron transferidos a otras prisiones y otros fueron liberados debido a presiones diplomáticas o decisiones por parte de tribunales militares establecidos por el Departamento de Defensa en julio de 2004 (como parte de una estrategia de privar a los presos de Guantánamo del recurso a cortes federales para recuperar su libertad por medio de un reclamo de hábeas corpus). Cuando Obama asumió la Presidencia en enero de 2009 Guantánamo tenía 240 prisioneros, algunos de los cuales habían permanecido allí durante siete años.



Seguidamente a su asunción, el presidente Obama firmó una orden para que la prisión de Guantánamo fuese cerrada dentro del plazo de un año, aunque el destino de los prisioneros albergados allí no fue aclarado. En función de ello, el 21 de mayo de 2009 fue anunciado un plan integrado por tres medidas para encarar el asunto: liberar a aquellos cuyos pedidos de hábeas corpus habían sido concedidos; enjuiciar a otros ante comisiones militares o cortes civiles; y continuar la detención sin juicio de los restantes. Meses después, la Casa Blanca anunció que eran 50 los prisioneros incluidos en esta tercera categoría y que se había arreglado su traslado a una prisión en Thomsen, en el estado de Illinois.<sup>10</sup> Es claro que en algunas oportunidades resulta difícil determinar cuándo una detención es lo suficientemente breve como para ser justificada por las necesidades de la guerra y, por ende, encontrarse permitida como excepción al principio de libertad; pero este no es el caso.

Debe reconocerse en favor de Obama que, a diferencia de lo que ocurría con Bush y sus defensores, parecería estar utilizando el recurso del encarcelamiento sin juicio solo de mala gana. Cuando su política fue anunciada en mayo de 2009, Obama se refirió al problema de prolongar indefinidamente encarcelamientos como “uno de los temas más duros” que enfrentará su Gobierno.<sup>11</sup> Sin embargo, en vez de honrar el principio de libertad, Obama continuó con la política de Bush y declaró que algunos de los prisioneros de Guantánamo “no pueden ser procesados criminalmente”,<sup>12</sup> sin explicar por qué los juicios penales no serían una alternativa. Ciertamente, la razón no puede ser que el derecho estadounidense resulte incapaz de lidiar con agentes de Al Qaeda o con el terrorismo en general: Bush enjuició y condenó a un número de terroristas de Al Qaeda durante su gestión y Obama está listo para hacer lo mismo con otros, incluido el supuesto cerebro detrás de los ataques del 11 de septiembre, Khalil Sheikh Mohammed.

Muchos han especulado con que la renuencia de Obama a llevar a juicio a algunos de los prisioneros deriva de su preocupación acerca de que las pruebas en contra de aquellos fueron obtenidas por medio de tortura y, por ende, se encontrarían viciadas. Desde hace tiempo, este tipo de pruebas es considerado inadmisibles ante los tribunales federales bajo lo que se conoce como la “regla de exclusión”: la prohibición de utilizar pruebas que hayan sido obtenidas por violación de la Constitución o de legislación federal. Pero si esta fue la razón, Obama ha desdoblado la regla de exclusión en sus efectos, creando un régimen en el que las pruebas obtenidas mediante tortura no pueden ser utilizadas en juicio pero sí pueden servir de base para la encarcelación de un sospechoso, incluso por el resto de su vida.

Una regla de exclusión así desdoblada crearía toda clase de malos incentivos. Los interrogadores del Gobierno sabrían que una confesión obtenida mediante tortura podría servir como base para un encarcelamiento prolongado,

---

<sup>10</sup> Helene Cooper y David Johnston, “Obama Tells Prison to take Detainees”, *New York Times*, 16 diciembre de 2009, p. A27; Memorando presidencial, “Clausura de las instalaciones de detención en la Base Naval de la Bahía de Guantánamo”, 15 de diciembre de 2009. Disponible en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/presidential-memorandum-closure-detention-facilities-Guantánamo-bay-naval-base>.

<sup>11</sup> Barack Obama, *supra* nota 9.

<sup>12</sup> Íd.



a pesar de que apenas asumió Obama emitió una orden prohibiendo las torturas.<sup>13</sup> Asimismo, esta regla agravaría los males sufridos por los prisioneros de Guantánamo que fueron torturados y actualmente se encuentran detenidos por tiempo indefinido y sin juicio: primero, fueron sometidos a dolor extremo, y ahora los frutos de ese abuso los mantendrán en prisión sin un límite temporal en vista. La Constitución no debería permitir que ninguna privación de la libertad fuera resuelta con fundamento en pruebas obtenidas mediante tortura, sin importar si dicha privación resulta de un juicio o de una decisión presidencial.

Alternativamente, la preocupación detrás de las decisiones de Obama (y de Bush, anteriormente) por evitar los procedimientos judiciales puede no haber respondido al uso de pruebas viciadas, sino más bien el uso de pruebas secretas durante la sustanciación del juicio. Un ejemplo de tales pruebas podría ser la revelación de la identidad de agentes infiltrados en el enemigo. El Gobierno tiene derecho a mantener cierta cantidad de secretos, por supuesto, pero ello no debe justificar el encarcelamiento sin juicio, y, de hecho, nunca lo ha hecho. En un buen número de procesamientos penales relativos a la seguridad nacional, los acusados han requerido información que el Gobierno clasificaba como de máximo secreto. Los tribunales han sido más que capaces de dar respuesta a estos asuntos, típicamente examinando las pruebas en privado (sin el acusado ni su abogado) y evaluando su relevancia para el caso.<sup>14</sup> Si el juez determina que la evidencia es importante, el Gobierno puede optar entre permitirle acceso al acusado, ofrecer otras pruebas en su reemplazo o abandonar el caso; la solución nunca ha sido la suspensión del juicio ni la detención del acusado por tiempo indefinido.

Tampoco puede justificarse la política de encarcelamiento sin juicio en la prevención de un daño extraordinario, como lo sería la detonación de una bomba radiactiva. José Padilla, un miembro de Al Qaeda que había sido detenido en 2002 en el aeropuerto O'Hare de Chicago al desembarcar de un avión proveniente de Pakistán, fue precisamente acusado de dicho crimen. No fue "acusado" en el sentido técnico de la expresión, sino que se hizo referencia a él en tales términos en los partes de prensa del Departamento de Justicia.<sup>15</sup> Luego de siete años de prisión, el Gobierno finalmente lo llevó a juicio, pero por un crimen completamente diferente.<sup>16</sup> Ningún otro prisionero perteneciente a Al Qaeda –ni siquiera aquellos reclusos en Guantánamo– fue acusado de un crimen tan extraordinario, pero aun si alguno lo fuera, seguiría pesando sobre el Gobierno la carga de acusarlo formalmente de tal crimen en un proceso penal, incluso si ello acarrease un riesgo de absolución.

---

<sup>13</sup> Orden Ejecutiva N° 13491, 74 Fed. Reg. 4893 (22 de enero de 2009).

<sup>14</sup> Véase *U.S. v. Moussaoui*, 365 F. 3d 292 (2004) (donde se enfrentan los intereses de seguridad nacional contra los derechos constitucionales en la producción de pruebas).

<sup>15</sup> Véase "Comunicado de prensa, Departamento de Justicia, delcaración del ministro de Justicia John Ashcroft sobre el caso Padilla", 20 de febrero de 2004. Véase también la carta de Paul Wolfowitz, viceministro de Defensa, a James Comey, viceministro de Justicia (28 de mayo de 2004). Disponible en <http://news.findlaw.com/wp/docs/padilla/pad52804dodsum.html>.

<sup>16</sup> "Comunicado de prensa, Departamento de Justicia, José Padilla acusado de conspiración para asesinar individuos mediante la provisión de apoyo material a terroristas", 22 de noviembre de 2005. Disponible en [http://www.justice.gov/opa/pr/2005/November/05\\_crm\\_624.html](http://www.justice.gov/opa/pr/2005/November/05_crm_624.html).

Al defender su decisión de someter a Khalid Sheikh Mohammed a juicio ante un tribunal civil en la ciudad de Nueva York, Eric Holder, el jefe de los fiscales federales en la gestión Obama, buscó minimizar el riesgo de una absolución y al hacerlo produjo una ofensa todavía más ultrajante al principio de libertad. Al declarar ante un comité del Senado, Holder dijo que aun en el caso en que Mohammed fuese absuelto en juicio, podría ser encarcelado indefinidamente, hasta de por vida, como combatiente enemigo.<sup>17</sup> Tal política dejaría sin propósito el procedimiento judicial y derrotaría los valores que el principio de libertad defiende. Las excepciones al principio deben ser estrechamente construidas para proteger los valores que el mismo resguarda y, a todo evento, no pueden ser revisadas en cada caso particular para reflejar la estimación presidencial sobre la amenaza que se crearía en caso de que el sospechoso resultase absuelto ni mucho menos permitir al Presidente que encarcele al acusado luego de que haya sido absuelto.

Muchos han criticado la política del presidente Bush durante su “guerra contra el terrorismo” por tratarse de un ejercicio de excesiva unilateralidad. Se le ha acusado de actuar por su cuenta, sin promover la participación o concurrencia de los demás poderes del Estado. Completamente consciente de esta línea de críticas, Obama declaró en su discurso del 21 de mayo: “[E]n nuestro sistema constitucional, el encarcelamiento prolongado no debe ser decidido por un solo hombre”.<sup>18</sup> También prometió en dicho discurso que desarrollaría un sistema que incluyera “supervisión judicial y legislativa” de su decisión de encarcelar a alguien como combatiente enemigo.<sup>19</sup> Sin embargo, Obama ha abandonado esta empresa desde entonces. El 24 de septiembre de 2009 anunció que no convocaría al Congreso para el establecimiento del prometido sistema de supervisión.<sup>20</sup>

Cuando este cambio fue anunciado por primer vez, se hizo referencia a la ley sancionada por el Congreso inmediatamente después del 11 de septiembre, la llamada Autorización para el Uso de la Fuerza Militar (AUFM).<sup>21</sup> El Asesor Legal del Departamento de Estado también hizo referencia a esta legislación al defender la política de detención del Gobierno ante la Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional.<sup>22</sup> Esta norma autorizaba al presidente a utilizar la fuerza que fuese necesaria para atrapar y traer ante la justicia a quienquiera que él determinase responsable de los ataques del 11 de septiembre. Como tal, la ley concedió autorización legislativa para la guerra en contra de Al Qaeda, y contra

---

<sup>17</sup> *Hearing of the Senate Judiciary Committee: Oversight of the Department of Justice* 111th Cong. (2009). (Declaración del ministro de Justicia Eric Holder): “Y una de las cosas que esta gestión ha repetidamente manifestado [...] de hecho, el Congreso ha sancionado legislación que no permitiría la liberación en este país de cualquiera que sea considerado peligroso. De manera que [...] si existiese la posibilidad de que un juicio no fuese exitoso, eso no significaría que esa persona sería puesta en libertad en nuestro país. Esa no sería [...] esa no es una posibilidad. Pero, de nuevo, quiero resaltar que tengo confianza en que seremos exitosos en los procedimientos judiciales sobre estas cuestiones”).

<sup>18</sup> Barack Obama, *supra* nota 9.

<sup>19</sup> *Íd.*

<sup>20</sup> Peter Baker, “Obama to Use Current Law to Support Detentions”, *New York Times*, 24 de septiembre de 2009, p. A23.

<sup>21</sup> Autorización para el uso de la fuerza militar, Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001).

<sup>22</sup> Asesor legal Honjuh Harold Koh, *supra* nota 7.

Afganistán por hospedar y refugiar a la organización terrorista. En términos técnicos, la AUFM proveyó de la declaración de guerra parlamentaria requerida por la Constitución. Sin embargo, de ninguna manera funcionó como el sistema de supervisión prometido en un principio, que necesariamente debería ocuparse de la detención prolongada de individuos particulares.

Otros que han defendido el encarcelamiento sin juicio, como David Cole,<sup>23</sup> han propuesto un sistema de supervisión que proveería a los individuos de alguna protección ante excesos del Poder Ejecutivo. En tales esquemas, la responsabilidad de supervisar caería primariamente en el Poder Judicial, para una evaluación caso por caso de las razones alegadas por el Ejecutivo para justificar sus decisiones de detención. Tal sistema de control evitaría el unilateralismo que Obama ha criticado, pero no satisfaría los requerimientos del principio de libertad, que no se contenta con una simple supervisión por parte del Poder Judicial, sino que requiere de un juicio. Los procedimientos que rigen el juicio tienen el propósito de proteger al inocente mediante la imposición de la carga de la prueba en el Gobierno y el control de la producción y admisión de los elementos de prueba.

Estos procedimientos podrían ser replicados en un sistema de supervisión, pero en la práctica es muy probable que terminen perdiendo rigurosidad, de otra forma no habría motivos para instaurar dicho sistema y eludir un juicio. Todavía más, las asignaciones de poder implícitas en un sistema de supervisión resultan, como cuestión teórica, necesariamente diferentes de lo que ocurre en el caso del juicio. Para comenzar, el jurado debería ser suplantado y, en un juicio sin jurado, la responsabilidad del Poder Judicial se vería diluida. En un juicio, la tarea del tribunal no pasa por decidir –como ocurriría en un sistema de supervisión– si el Gobierno tiene buenas razones para creer que el sospechoso ha cometido un crimen, sino que debe pronunciarse sobre la culpabilidad del imputado respecto de la comisión del crimen del que se lo acusa. En un juicio, la responsabilidad de determinar la culpa y, por ende, de imponer una pena no se encuentra compartida con el Poder Ejecutivo, sino que descansa enteramente en los hombros del poder judicial, como lo requiere el debido proceso legal.

### ***La magnitud de la política de Obama***

Al analizar la política de encarcelamiento sin juicio, he tratado la posición de Obama como si fuese una continuación de la de Bush. Pueden señalarse, sin embargo, dos diferencias entre las posiciones de ambos a partir de las circunstancias en las que Obama anunció su política, aunque si estas diferencias resultan significativas es algo que todavía queda por verse.

Una diferencia es el número de personas afectadas por las medidas. Obama anunció su política en el contexto de decidir el destino de algunos de los prisioneros detenidos en Guantánamo y se nos ha dicho que este grupo constaría de varias docenas de personas. Hay datos que sugieren que también se aplicará esta política a algunos de los aproximadamente 600 prisioneros recluidos en la base Bagram de la Fuerza Aérea estadounidense en Afganistán. Bush creó una

---

<sup>23</sup> David Cole, *Out of the Shadows: Preventive Detention, Suspected Terrorists, and War*, 97 Calif. L. Rev. 693 (2009).

prisión en la base y seguidamente la utilizó para detener a personas sospechadas de pertenecer a Al Qaeda que fueron capturadas en distintos lugares del mundo, no solo en Afganistán. En febrero de 2009, los abogados de Obama anunciaron en una corte federal de Washington que estaban preparados para continuar y defender la política de Bush respecto de los prisioneros de Bagram.<sup>24</sup> Ergo, algún número de los prisioneros de Bagram debería ser agregado a los de Guantánamo para estimar la magnitud de las medidas adoptadas. Sin embargo, debemos reconocer que el número de personas a quienes se aplican las medidas es limitado, ya que no tienen el carácter abierto de las declaraciones de Bush en cuanto a que todos los soldados de Al Qaeda y los talibanes serían tratados como combatientes enemigos **ilegales**, sin reparar en el lugar de su captura o encarcelamiento.

La calidad esencialmente residual de la política de Obama se ve destacada por su tratamiento de un ciudadano nigeriano –Umar Farouk Abdulmutallab– acusado de intentar detonar una bomba en un vuelo de Northwest cuando estaba por aterrizar en Detroit en la Navidad de 2009. Abdulmutallab fue acusado de ser un combatiente de Al Qaeda, entrenado por la organización en Yemen, pero fue inmediatamente sujeto a un proceso criminal en vez de ser tratado como un combatiente enemigo.<sup>25</sup>

Esto me parece un buen giro en esta historia, pero todavía persisten razones para objetar la política de Obama. La violación del principio de libertad y el estado de derecho no depende del número de personas afectadas. Todavía más, la política del presidente Obama, aun siendo implementada a regañadientes y confinada al un número limitado de personas encarceladas por la gestión precedente, definirá lo que será permitido al Gobierno en los años venideros. Le brindará una medida de legitimidad al accionar de Bush y tendrá el inevitable efecto de normalizar aquello que debiera ser visto como una violación de la Constitución.

Otra circunstancia que limita el radio de la política de Obama es el hecho de que todos los prisioneros de Guantánamo y, por supuesto, de Bagram son extranjeros; en contraste, el presidente Bush estaba preparado para tratar a todos los soldados de Al Qaeda y los talibanes, incluso a ciudadanos estadounidenses, como combatientes enemigos **ilegales** que podrían ser encarcelados indefinidamente sin juicio. Esto fue evidente en los casos de John Walker Lindh y José Padilla. También lo fue en el caso de Ali Saleh Kahliah Al-Marri, un ciudadano qatari a quien le había sido permitido el ingreso a los Estados Unidos con propósito de cursar estudios. Al-Marri fue tomado en custodia cuando se encontraba inscripto como estudiante en la Universidad de Butler en Peoria, Illinois, y sobre la base de alegados vínculos con Al Qaeda fue detenido como combatiente enemigo **ilegal** en una prisión naval en Carolina del Sur durante seis años. Como en el caso de José Padilla, el Gobierno cambió su

---

<sup>24</sup> Charlie Savage, "Obama Upholds Detainee Policy in Afghanistan", *New York Times*, 22 de febrero de 2009, p. A6.

<sup>25</sup> Comunicado de Prensa, Departamento de Justicia, "Umar Farouk Abdulmutallab procesado por tentativa de detonar una bomba en el vuelo 253 el día de Navidad", 6 de enero de 2010. Disponible en: <http://www.justice.gov/opa/pr/2010/January/10-nsd-004.html>; Charlie Savage, "Nigerian Indicted in Terrorist Plot", *New York Times*, 7 de enero de 2010, p. A14.

estrategia cuando se encontraba pendiente de decisión la admisión de un recurso de apelación ante la Corte Suprema, con el obvio propósito de evitar el examen de su política de detención por parte del alto tribunal, acusando a Al-Marri de un crimen específico del que aquel eventualmente se declaró culpable.<sup>26</sup>

El encarcelamiento de cualquier ciudadano estadounidense hace aplicable la *Nondetention Act* de 1971, que ordena que ningún ciudadano puede ser detenido sin autorización del Congreso.<sup>27</sup> Esta ley fue sancionada como un repudio tardío al programa implementado durante la Segunda Guerra Mundial para reubicar a todas las personas de ascendencia japonesa residentes en la costa oeste (ciudadanos estadounidenses incluidos), y puede ser vista como una versión atenuada del principio de libertad. “Atenuada” en tanto solo requiere la concesión de una autorización por parte del Congreso, mas no un juicio, y en tanto busca proteger la autoridad del Congreso más que la libertad personal.

La fuerza de dicha legislación fue reducida en 2004 mediante la decisión adoptada en el caso de Yasser Hamdi, un ciudadano estadounidense capturado en Afganistán y acusado de combatir para los talibanes (quien rechazó los cargos e insistió en que se encontraba allí realizando trabajo asistencial).<sup>28</sup> En una sentencia redactada por Sandra Day O'Connor, cuatro jueces resolvieron que la autorización parlamentaria requerida por la ley de 1971 podía ser encontrada en la ley sancionada inmediatamente después del 11 de septiembre autorizando el uso de la fuerza en respuesta al ataque terrorista, la cual funcionó como declaración de guerra contra Afganistán. Como fundamento alternativo de la decisión, O'Connor y sus colegas también resolvieron que la ley de 1971 no protege a ciudadanos estadounidenses capturados en un teatro de guerra.

En rigor de verdad, la protección primaria de la libertad personal de los ciudadanos estadounidenses es el principio de libertad, no la *Nondetention Act*, y este principio no se encuentra confinado a la protección de ciudadanos estadounidenses: se aplica tanto a ciudadanos cuanto a extranjeros. La principal fuente textual del principio es la cláusula del debido proceso, la cual por sus propios términos protege la libertad de “cualquier persona” y debe ser vista como limitador de la autoridad de funcionarios de los Estados Unidos dondequiera que sea que accionen y en contra de quienquiera que sea que lo hagan. La cláusula del debido proceso y tal vez las de derechos y garantías en general (*Bill of Rights*) no deben ser leídas como un documento testamentario que distribuye propiedades o beneficios (derechos individuales) a clases privilegiadas de personas (ciudadanos estadounidenses), sino como la promulgación de normas generales que definen la autoridad de los funcionarios gubernamentales. Las personas de otras nacionalidades pueden no ser parte de la comunidad política (“Nosotros, el Pueblo”) que provee a la Constitución de

---

<sup>26</sup> Véase Comunicado de Prensa, Departamento de Justicia, “Al-Marri acusado de proveer apoyo material a Al Qaeda”, 27 de febrero de 2009). Disponible en <http://www.justice.gov/opa/pr/2009/February/09-ag-177.html>; John Schwartz, “Admitted Al Qaeda Agent Receives Prison Sentence”, *New York Times*, 30 de octubre de 2009, p. A22.

<sup>27</sup> Public Law 92-128, 85 Stat. 347 (1971) (versión actual en 18 U.S.C. § 4001(a)) (“Ningún ciudadano será encarcelado ni detenido de ninguna manera por los Estados Unidos sin el respaldo de una ley del Congreso”).

<sup>28</sup> *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

legitimidad democrática, pero los miembros de la comunidad política pueden definir los estándares de conducta que esperan de sus oficiales dondequiera que sea que accionen y en contra de quienquiera que sea que lo hagan. De acuerdo con ello, aun si la política de Obama sobre el encarcelamiento sin juicio estuviese –y solo el tiempo dirá si lo está– confinada a personas que no sean ciudadanos estadounidenses o cuyo ingreso a los estados Unidos no haya sido permitido legalmente, como es el caso de los extranjeros todavía encarcelados en Guantánamo o Bagram, también violaría la Constitución y sería una ruptura del estado de derecho tanto como lo fue la de Bush.

Desafortunadamente, la ley referida a la aplicabilidad de los derechos y garantías constitucionales a no ciudadanos no es tan clara como debería, especialmente en la era posterior a la Corte Warren. En 1990, el presidente de la Corte Suprema William Rehnquist escribió una sentencia en el bien conocido caso *United States v. Védugo-Uquidez*<sup>29</sup> que limitaba el alcance de los derechos y garantías. Escribió en el contexto de otra guerra –la llamada guerra contra las drogas– y declaró que la Cuarta Enmienda y su protección en contra de allanamientos y secuestros de bienes irrazonables no constreñía en modo alguno a los agentes de los Estados Unidos implicados en el allanamiento de la residencia mexicana de un ciudadano mexicano (quien había sido llevado forzosamente a los Estados Unidos para ser juzgado). Rehnquist llamó al voto de su autoría “la opinión de la Corte”, sin embargo, hay razones para dudar de tal caracterización. El quinto voto necesario provino del juez Anthony Kennedy, por entonces un relativamente nuevo miembro del tribunal, quien dijo que compartía lo expresado por el presidente de la Corte, pero en realidad adoptó una concepción mucho más universal de la Constitución y de los derechos y garantías.<sup>30</sup> De acuerdo con Kennedy, aunque la Cuarta Enmienda no aplicaba en el extranjero de la misma manera en que en los Estados Unidos, simplemente imponía una obligación en cabeza de los agentes estadounidenses dondequiera que fuera que actuaran: siempre debían proceder de manera compatible con las máximas de la justicia más fundamental. Al final, Kennedy juzgó razonable el allanamiento en las circunstancias del caso, y sobre la base de dicho criterio se negó –al igual que Rehnquist– a desechar los resultados que de él se obtuvieron.

Kennedy expuso esta misma visión universalista de la Constitución en 2004, en el primero de los casos relativos a los prisioneros de Guantánamo que llegara a la Corte. La cuestión en ese caso –*Rasul v. Bush*–<sup>31</sup> era si el hábeas corpus federal era una vía disponible para los prisioneros en Guantánamo. El juez Stevens, escribiendo por la mayoría, se esforzó por evitar cualquier pronunciamiento constitucional y trató el caso como si fuese una cuestión de pura interpretación de la ley. Resolvió que los prisioneros podían disponer del recurso en función de los términos de la ley federal vigente. Aquí, nuevamente, el juez Kennedy escribió un voto separado en el que expuso su entendimiento más flexible pero aun así cosmopolita sobre el alcance de la Constitución. Fue consciente de la necesidad del Poder Judicial de dar respuesta a las exigencias del conflicto armado, pero vio esa necesidad muy atenuada en el caso de los prisioneros de Guantánamo, tan distantes en tiempo y espacio de un teatro de

---

<sup>29</sup> 494 U.S. 259 (1990).

<sup>30</sup> Íd. p. 275-278 (voto concurrente del Juez Kennedy).

<sup>31</sup> 542 U.S. 466 (2004).

conflicto armado. Como escribió entonces, casi seis años atrás: “Tal vez cuando los detenidos son aprehendidos en una zona de hostilidades, su detención sin procedimientos o juicio se encontraría justificada por necesidad militar durante unas semanas; pero en cuanto el período de encarcelamiento se prolonga de meses a años, el caso de una detención continuada para satisfacer exigencias militares se hace más débil”.<sup>32</sup>

En la *Detainee Treatment Act* de 2005,<sup>33</sup> el Congreso respondió al voto del juez Stevens en el caso *Rasul* –después de todo, se trataba de la opinión de la Corte– y modificó la ley federal para negar a los prisioneros de Guantánamo el acceso al hábeas corpus federal. En una sentencia de 2006 relativa al uso de comisiones militares para juzgar a algunos de los prisioneros de Guantánamo, la Corte Suprema mantuvo que la limitación en el acceso al hábeas corpus impuesta por la ley de 2005 no resultaba aplicable a los casos que se encontraban pendientes al momento de su aprobación legislativa.<sup>34</sup> Esta “deficiencia” de la *Detainee Treatment Act* de 2005 fue prontamente remediada por la *Military Comissions Act* de 2006, que negó el hábeas corpus a todos los extranjeros designados como enemigos combatientes ilegales, en un intento por incluir todos los casos –hasta los pendientes– “sin excepción”.<sup>35</sup> En el caso *Boumediene v. Bush* de 2008,<sup>36</sup> la Corte Suprema resolvió la inconstitucionalidad de la renovación y extensión de la veda al acceso al hábeas corpus para los prisioneros de Guantánamo que había sido aprobada por esta ley de 2006. No sorprende que el voto mayoritario en *Boumediene* haya sido escrito por el propio juez Kennedy como reflejo de las opiniones expresadas previamente en sus concurrencias en *Rasul* y, anteriormente, *Verdugo-Urquidez*.

Al escribir por la Corte en *Boumediene*, Kennedy evitó cuidadosamente amplios pronunciamientos sobre los derechos que poseerían los extranjeros. Se decidió que los prisioneros de Guantánamo tenían derecho a la protección de la provisión constitucional que limita las facultades del Congreso de suspender el hábeas corpus, pero se entendió que dicha provisión se encuentra al servicio de la separación de poderes y se propuso un examen multivariado para determinar su aplicabilidad. En sus palabras: “Hemos concluido que al menos tres factores resultan relevantes para determinar el alcance de la Cláusula de Suspensión: (1) la ciudadanía y el estatus del detenido y la adecuación del proceso mediante el cual fue realizada la determinación de ese estatus; (2) la naturaleza de los lugares donde la aprehensión y posterior detención ocurrieron; y (3) los obstáculos prácticos inherentes a resolver sobre el derecho del prisionero a la garantía”.<sup>37</sup> La aplicación del examen variará de caso en caso; de hecho, la Corte de Apelaciones para el Distrito de Columbia decidió, el 21 de mayo de 2010, que bajo *Boumediene* la Cláusula de Suspensión no alcanzaba a los prisioneros en la base aérea de Bagram en Afganistán, principalmente porque la base se encontraba ubicada en un teatro de conflicto armado.<sup>38</sup> Pero, por los mismos

---

<sup>32</sup> Íd. p. 778.

<sup>33</sup> Pub. L. No. 109-148, §§ 1001-1006, 119 Stat. 2680, 2739-2744 (2005).

<sup>34</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

<sup>35</sup> Pub. L. No. 109-336, 120 Stat. 2600 (2006).

<sup>36</sup> 128 S.Ct. 2229 (2008).

<sup>37</sup> 128 S.Ct. 2229, 2259 (2008).

<sup>38</sup> *Al Maleqeh v. Gates*, No. 09-5265 (D.C. Cir May 21, 2010).



términos del examen en sí y su aplicación original, resulta claro que los beneficios de la Cláusula de Suspensión no se encuentran confinados a los ciudadanos estadounidenses o siquiera extranjeros que se encuentran encarcelados en el territorio soberano de los Estados Unidos.

La decisión en *Boumediene* reconoció que la función esencial de la garantía es proteger de la detención arbitraria por parte del Ejecutivo. En el contexto específico del caso, la acción en cuestión fue la detención de personas que negaron haber tomado armas en contra de los Estados Unidos. Sin embargo, *Boumediene* no impide -y el principio de libertad requiere- que la garantía se encuentre disponible para proteger de otras formas de detención arbitraria por parte del Ejecutivo: la ausencia de juicio para individuos que han sido acusados de terrorismo y que han sido encarcelados por tiempo prolongado (casi una década, en los casos comentados). El procedimiento de hábeas corpus que *Boumediene* autoriza puede dar con que el prisionero tiene conexiones con Al Qaeda y, por ende justificar, su clasificación como un combatiente enemigo ilegal sin privilegios; sin embargo, su detención continua solo puede ser ordenada con arreglo al principio de libertad si resulta condenado por algún crimen específico en juicio. El derecho constitucional a la libertad debe hacer lugar a demandas de necesidad militar, por supuesto, pero nunca de forma que el Poder Judicial quede eximido de su deber de cuidadoso escrutinio sobre tales alegaciones, y de ese modo limitar el sacrificio de la libertad en la menor medida posible.